nur auf den Ausspruch der Nichtabweisung der Klage zu beschränken hätte.

Uebrigens aber versteht es sich von selbst, daß der Oberrichter sowohl im Falle **a** als **b** (des §. 1) das unterrichterliche Erkenntniß bestätigen müßte, wenn die bedingte oder unbedingte Abweisung der Klage zwar nicht aus dem vom Unterrichter angenommenen Grunde, aber aus einem andern zu rechtfertigen wäre, welchen entweder die richterliche Reflexion in der Prüfung des Klagewerks selbst schon erzeugen müßte, oder welcher durch eine Einrede, im Falle **a** insbesondere auch durch eine die **merita causae** betreffende dilatorische, oder durch eine peremtorische, im Falle **b** aber durch eine andere Voreinrede an die Hand gegeben würde. Es liegt dieses in den Folgen der Eventualmaxime.

III.

Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im Civilprocesse.

Von

Herrn Prof. Dr. **J. V. Sartorius** in Heidelberg.

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht in ihrer neuesten Fortbildung ist in der Regel von dem Standpuncte des Civilrechtes aus aufgefaßt worden [1]; mit dem Civilprocesse ist dieselbe noch nicht vermittelt, obgleich hier mehrere und bedeutende Eigenthümlichkeiten hervortreten. Diese Vermitte-

1) Vgl. v. Savigny, System d. Röm. Rechts (Berlin 1840 ff.) Bd. I. §§. 12. 18. 25. 28. und Beil. II. S. 420—429.

lung zu gewinnen, wird in der gegenwärtigen Abhandlung bezweckt.

Wie überhaupt im Rechte, so ist auch insbesondere im Civilprocesse die Gewohnheit eine sehr ergiebige und vor Allem wichtige Quelle. Zu allen Zeiten war dieselbe von der größten Bedeutung. Schon das alte Deutsche Gerichtsverfahren stand unter der Herrschaft der Gewohnheit, und zwar bei Weitem mehr, als der spätere Proceß. Seit dem Eindringen der fremden Gesetze in Deutschland ging sie der Anwendung des Römischen und canonischen Rechtes mit mannichfacher und tief eingreifender Wirkung stets zur Seite; durch ihre Macht ist eine Menge von Gebilden und besonderen Gestaltungen in das Daseyn gerufen worden, und unser heutiger Proceß verdankt ihr einen großen Theil seiner Entwickelung. Schon die Reception der fremden Rechte ging, auch im Processe, aus einer gemeinen Deutschen Gewohnheit hervor, da die allgemeine Ueberzeugnng von der verbindenden Kraft sich bereits bei den Gerichten verbreitet, und in der Praxis thatsächlich ausgesprochen hatte, ehe noch die gesetzliche Bestätigung erfolgt war. Auf gleichem Wege fanden die Reichsgesetze bei den Territorial-Gerichten Eingang, indem jene ursprünglich keine allgemeine, in den Territorien gültige Normen waren, sondern zunächst blos den Proceß der beiden höchsten Reichsgerichte umfaßten. Aber auch für den Reichsgerichts-Proceß selbst floß die Quelle des Gewohnheitsrechtes sehr reichlich und nachhaltig; besonders der Reichshofraths-Proceß war vom Herkommen gänzlich durchdrungen [2].

Das Gewohnheitsrecht wird jedoch im Civilprocesse nicht durch die nämlichen Kräfte hervorgebracht, wie im Civilrechte.

---

2) K. G. O. v. 1555. Th. I. Tit. 13. §. 1. Conc. d. K. G. O. Th. I. Tit. 19. pr. Tit. 71. pr. Schmelzer, Contumacialproceß d. höchst. Reichsgerichte. Gött. 1792. S. 78. 120. 417. 418. 422 ff. 518 ff.

Solcher erzeugenden Kräfte gibt es im Rechte überhaupt drei: 1) Volkssitte [*mos* [3]), *mores* [4])], 2) Gerichtsgebrauch [*mos judiciorum* [5]), *quotidianus judiciorum usus* [6])], 3) Präjudicien [*judicata* [7]), *res judicatae* [8]), *rerum perpetuo similiter judicaturum auctoritas* [9]), *praejudicia* [10])]. — Beobachtet man nun den Ent-

---

3) Fest. v. mos. Cic. Top. 5. de Legg. II. 10. 24. Cato maj. 7. Quinctil. VII. 4. Pauli rec. sent. V. 4. §. 6. — L. 166. Cod. Th. de decur. (12. 1.) L. 11. Dig. de just. et jure. (1. 1.) L. 8. Dig. de feriis. (2. 12)

4) Cic. de partit. orat. 37. Auctor ad Herenn. III. 3. Quinctil. XII. 3. Gaj. I. 1. 92. IV. 6. 27. Ulpian. fragm. XI. 2. §. 24. Pauli rec. sent. III. 4. §. 7. — L. 32. pr. Dig. de legg. (1. 3.) L. 34. Dig. de adopt. (1. 7.) L. 7. pr. Dig. de off. procons. (1. 16.) L. 2. Cod. quemadmod. testam. aper. (6. 32.)

5) L. 14. Cod. de pact. (2. 3.) L. 2. Cod. de probat. (4. 19.) L. 15. Cod. de excus. tut. (5. 62.) L. 11. Cod. de injur. (9. 35).

6) §. 6. Inst. de satisdat. (4. 11.) Auf den Gerichtsgebrauch bezieht sich auch die bekannte Römische Formel: „*hoc jure utimur.*" Vgl. C. P. H. Thierbach, observ. de notione et indole formulae: *hoc jure utimur*, in locis Inst., Pand. et Cod. obviae. Lips. 1819. Doch können darunter, so wie unter andern Ausdrücken, welche Zimmern (Geschichte d. Röm. Privatrechts Bd. I. Abth. I. §. 15.) gesammelt hat, auch Präjudicien verstanden seyn. — Irrig sucht Jordan, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 233 ff. den Gerichtsgebrauch außer Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrechte zu setzen. Diese Lehre hat auch bis jetzt keinen Beifall gefunden.

7) Cic. de invent. II. 22. 54. Quinctil. V. 13. VII. 4.

8) Cic. Top. 5. Auct. ad Herenn. II. 10. Quinctil. V. 2. *Res judicata* (in der einfachen Zahl) bedeutet die Rechtskraft. L. 1. Dig. de re jud. (42. 1.)

9) L. 38. Dig. de legg. (1. 3.)

10) Cic. pro Muren. 28. Pseudo-Ascon. ad Cic. divin. (In Cic. opp. edit. Orellii. Turici, 1826 seqq. Vol. V. P. II.

wickelungsgang des Gewohnheitsrechtes im Civilrechte, so findet man, daß hier jenes Recht meistens durch die Volkssitte erzeugt wird. Die Rechtsgeschäfte nämlich, welche den Inhalt des Civilrechtes ausmachen, Verträge, Ehen, Testamentserrichtungen u. s. w. gehen einzeln von den Personen aus, deren Inbegriff das Volk ist, und gehören der Wirksamkeit des Privatlebens an. Daher hat auf dem Gebiete des Civilrechts die selbständige Handlungsweise dieser Personen einen weiten Spielraum, von welchem die absolute Beherrschung durch die Gesetze oder durch die Richtergewalt ausgeschlossen ist. Wenn auch immerhin die Gesetze Normen dafür aufstellen, so sind diese doch nicht schlechterdings bindend, vielmehr gelten sie in der Regel nur subsidiarisch, insoferne die Interessenten von ihrer Autonomie nicht Gebrauch gemacht haben [11]. Noch weniger steht hier das Richteramt im Wege. Denn sehr viele civilrechtliche Geschäfte des täglichen Lebens kommen gar nicht zur Kenntniß und Behandlung des Richters, weil sie nicht streitig werden; bei denjenigen aber, welche auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit die richterliche Intervention in Anspruch nehmen, handelt der Richter blos beurkundend, controlirend und bestätigend, er normirt sie in untergeordneter Weise [12].

---

p. 104.) Quinctil. V. 2. — Gewöhnlich hat *praejudicium* einen ganz andern Sinn. — In den Gesetzen werden übrigens die Präjudicien deutlich dem Gewohnheitsrechte angereiht. L. 38. Dig. de legg. (1. 3.) Vgl. noch Gesterding, Ausbeute v. Nachforsch. üb. verschied. Rechtsmaterien (Greifswald, 1826 — 1837.) Th. V. Abth. II. S. 181.

11) v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 57 ff.

12) Puchta, Handb. d. Verfahrens in nichtstreit. bürg. Rechtssachen. (Ausg. II. Erlang. 1832) Th. I. §. 25. Doch kann auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Seiten der Gerichte Gewohnheitsrecht erzeugt werden, wovon sich in der Römischen cura prodigi et furiosi ein Beispiel findet. Cic. Cato maj. 7. Pauli rec. sent. III. 4. §. 7. L. 1. pr. Dig. de curat. fur. dand. (27. 10.)

Bei dieser unverkennbaren Freiheit der Volksangehörigen in Geschäften des Civilrechts ist es daher ganz gut zu begreifen, daß von den in der angegebenen Weise sich selbst überlassenen Interessenten gewisse feste Uebungen ausgehen, die im Laufe der Zeit zu einem Gewohnheitsrecht erstarken [13]. Gelangen nun aber endlich dergleichen nach gewohnheitlichen Normen abgeschlossene Rechtsgeschäfte durch erhobene Klage an den Richter, so kommt es diesem nicht mehr zu, von sich aus ein Gewohnheitsrecht erst zu erzeugen, sondern da er ein solches bereits vorfindet, hat er es nur zu bezeugen [14], indem er es, als fertige Quelle, für seine Entscheidung gelten läßt [15]. Daraus ergibt sich wohl klar genug, daß im Civilrechte die Gewohnheit durch die Volkssitte erzeugt wird, daß sie der Ausdruck des gemeinsamen Rechtsbewußtseyns im Volke, und deshalb wahres Volksrecht ist [16].

---

13) Z. B. der Handschlag, der Ringwechsel, rc. rc Beispiele in Menge liefern die Symbole des Deutschen Rechtes. Vgl. Grimm, Deutsche Rechts-Alterth. S. 109 ff.

14) „Contradicto judicio *firmare*“. L. 34. Dig de legg. (1. 3.) Die ältesten Deutschen Gesetze erhielten sich noch lange als Volksgewohnheiten, von welchen die Richtersprüche Zeugniß gaben. G. L Boehmeri princip. jur. feud. §. 20. Eichhorn, Einleit. in d. deutsche Privatrecht §. 5 Vgl. auch F. v. Zeiller, Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde (4 Bde. Wien u. Triest, 1810. 1811) Bd. I. S. 16 f.

15) Jordan, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 251 f. v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 148.

16) Cic. de invent. II. 22: „Consuetudinis — jus esse putatur id, quod *voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit.“ 54: „quod in morem vetustas *vulgi* approbatione perduxit.“ Ulpian. fragm. init. 4: „Mores sunt tacitus consensus *populi*, longa consuetudine inveteratus.“ — L. 32. Dig. de legg. (1. 3.) — „merito et ea, quae sine ullo scripto *populus* probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio *populus* voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?“ L. 35. eod. „Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita

Anders dagegen im Civilprocesse. — Zwar auch hier erzeugte ehemals die Volkssitte Gewohnheitsrecht, in der Zeit des Deutschen Alterthums, da das Volk, als sogenannter „Umstand“, oder mittels der Schöffen Gerichtspersonal war, in das gerichtliche Verfahren normirend eingriff, und dasselbe beherrschte [17]. Diese Zustände und Verhältnisse sind aber längst untergegangen, mit ihnen ist die selbständige Zeugungskraft der Volkssitte im Processe so gut wie erloschen, und es gibt in diesem Bereiche gegenwärtig weder eine Autonomie des Volkes überhaupt, noch der Parteien. Die Proceßgesetze haben schon nicht jene blos subsidiarische Anwendbarkeit der Civilgesetze, sie gehören großen Theils dem öffentlichen Rechte an, welches die Privatwillkühr ausschließt, und sie binden die Parteien, so wie deren Nebenpersonen, unbedingt. Die Unzulässigkeit des Conventional-Processes macht es geradezu unmöglich, daß die streitenden Theile unmittelbar neue processualische Uebungen in Gang bringen.

Alle Erzeugung von Proceß-Gewohnheiten ist in den Gerichten concentrirt. Diese sind es, welche die Autonomie in sich aufgenommen haben, die den Proceß, neben den Gesetzen, ausschließlich beherrschen und überwachen. Nur die Gerichte sind sohin berufen und vermögend, durch positives oder negatives Verhalten Proceß-Normen zu Gewohnheitsrecht zu erheben. Suchen auch die Parteien, oder — was noch häufiger sich ereignen möchte, — die Advocaten, bei den von ihnen selbst vorzunehmenden Handlungen, eine oder die andere Verfahrungsweise einzuführen, so wird doch all ihr Bemühen, noch so oft und noch so ernstlich wiederholt, selbständig und unmittelbar ein Gewohnheitsrecht nicht erzeugen können. Alles, was in ihrer Macht liegt, ist nur ein mittelbarer, unsicherer Einfluß, eine precäre Initiative. Erst das

---

civium conventio — servantur.“ v. Savigny, a. a. O. S. 16. 146.

17) Grimm, Deutsche Rechts-Alterth. S. 770.

Gericht bringt auch hier die neue Verfahrungsart in Gebrauch, indem es dieselbe, ausdrücklich oder stillschweigend, billigt [18]). Alles Gewohnheitsrecht im Civilproceß hat also im gemeinsamen Rechtsbewußtseyn der Gerichte seinen Grund, und ist, im Gegensatze des Volksrechtes, Gerichtsrecht; die erzeugenden Kräfte aber, welche dabei den Gerichten zu Gebote stehen, sind der Gerichtsgebrauch und die Präjudicien.

Gerichtsgebrauch ist eine gewohnheitlich befestigte Verfahrungsweise in der Proceßleitung, gleich viel, ob dabei das Gericht positiv eingreift [19]), oder ob es Parteihandlungen anerkennt [20]). Präjudicien dagegen sind gerichtliche Erkenntnisse, in der Bedeutung aufgefaßt, daß sie bei andern Erkenntnissen in ähnlichen Fällen als Muster [21]) dienen sollen, und äußern sich durch die Entscheidung [22]) streitiger Haupt- und Nebenpunkte [23]).

Offenbar ist aber alle Proceßleitung, so wie alle Entscheidung nur in der jedesmaligen Disposition enthalten: die Proceßleitung nämlich in den Decretsworten, welche etwas gebieten, verbieten, anordnen, zulassen, oder verwerfen, die

---

18) Vgl. Clem. 2. de appell. (2. 12.) Diese Billigung ist aber kein bloßes Bezeugen einer fertigen Quelle (Note 14), sie ist ein wahres Verleihen der Quellenmäßigkeit, das wir im Civilrechte nicht finden.

19) Z. B. Instruction des Beweises, u. dgl.

20) Vorläufige Anhörung noch nicht bevollmächtigter Advocaten, Zulassung einer bloßen Bescheinigung statt Beweises, rc.

21) „*Exempla*“. L. 13. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) Praejudicium in der Bedeutung von exemplum steht auch bei Caes. de bello civ. II. 32.

22) „*Judicare*“. L. 38. de legg. (1. 3.)

23) Man faßte auch die Präjudicien als materiellen Gerichtsgebrauch auf, und setzte ihn dem formellen entgegen. Haus, Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs (Erlang. 1798) S. 8. 14.

Entscheidung in dem *tenor* **sententiae** [24]), welcher die Beweisauflage, die Verurtheilung oder Entbindung ausspricht. Nur die erwähnte Disposition allein ist daher das wahrhaft Wesentliche des Gerichtsgebrauchs und der Präjudicien [25]). Nicht wesentlich dagegen sind die Erwägungs- und Entscheidungsgründe, eines Theils weil es gar wohl möglich ist, und nicht selten auch geschieht, daß ohne ausgesprochene Gründe ein Rechtsstreit geleitet, oder ein Streitpunkt entschieden wird, andern Theils weil die Gründe wirklich nicht immer allgemein vorgeschrieben waren [26]). Die Gründe gehören aber auch, ihrer Natur nach, schon in ein ganz anderes Gebiet des Systems, als der Gerichtsgebrauch und die Präjudicien bezüglich der in denselben enthaltenen Disposition. Diese, da sie von den Gerichten, als öffentlichen Staatsanstalten, ausgeht, hat einen amtlichen Charakter; in der Amtlichkeit liegt sogar das ganze Geheimniß ihrer Kraft; auch bringt sie wirkliche Geltendmachung von Rechtssätzen durch äußere That und Macht mit sich. Allein die Erwägungs- und Entscheidungsgründe haben einen wissenschaftlichen Charakter und Zweck; der Richter handelt in denselben nicht sowohl als Beamter mit äußerer Autorität, als er vielmehr, in der Eigenschaft eines wissenschaftlichen Juristen, belehrt und innerlich zu überzeugen sucht, und zu diesem Zwecke bedient er sich wissenschaftlicher Deductionen und actenmäßiger Nachweise, die sich von der kategorischen Sprache der Disposition gar sehr unterscheiden.

---

24) L. 46. Dig. de re jud. (42. 1.) Cap. 18. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

25) Vgl. Gaj. IV. 43. L. 1. Dig. de re jud. (42. 1.) L. 3. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.)

26) Seneca, epist. 94. Arg. L. 59. pr. Dig. de re jud. (42. 1.) v. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civilproc. Abth. I. Bd I. S. 274. v. Tigerström, die innere Geschichte des Röm. Rechts (Berlin, 1838) S. 198. Cap. 16. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

Endlich können die Gründe auch deswegen sich nicht auf der Stufe der Disposition behaupten, weil sie nicht in Rechtskraft übergehen [27]. Darum müssen dieselben dem wissenschaftlichen oder Juristenrechte beigezählt werden, nicht aber dem Gewohnheitsrechte [28].

Ueber die Bedingungen, unter welchen aus Gerichtsgebrauch und Präjudicien processualisches Recht entstehen kann, ist in Kürze Folgendes zu bemerken:

1) Da alles auf diese Art erzeugte Recht Gewohnheitsrecht ist, alle Gewohnheit aber auf Continuität des Handelns beruht [29], so wird die öftere Wiederholung einer Verfahrungsweise oder Entscheidung erfordert, ehe aus Gerichtsgebrauch oder Präjudicien eine wirkliche Norm erwachsen kann. Bei dem Gerichtsgebrauche ist darüber wenig Zweifel [30], mehr bei den Präjudicien, obgleich auch hier die Gesetze für die Mehrheit von Entscheidungen sprechen [31].

---

27) v. Linde, Lehrb. d. Civilproc. §. 381. Note 5.

28) Diesem Satze steht die Verbindung der Gründe mit der Disposition bei der Redaction der Decrete und Urtheile nicht im Wege. Bei den Reichsgerichten kamen übrigens die Gründe auch getrennt vor. R. A. v. 1566. §. 94. J. R. A. §. 60. R. H. O. Tit. 4. §. 18. Claproth, Einleit. in den ord. bürg. Proc. Th. II. §. 210.

29) v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 36.

30) Auf das Erforderniß der öfteren Wiederholung beziehen sich schon die Ausdrücke „usus" und „Gebrauch". Vgl. Quinctil. I. 11: *Frequens* imitatio transit in mores. LL. 4. 5. 6. Dig. de legg. (1. 3) L. 3. §. 6. Dig. de testib. (22. 5.) L. 22. §. 6 Dig. de administ. et peric. tut. (26. 7.) L. 34. Dig. de reg. jur. (50. 17.) L. 11. Cod. de legg. (1. 14.) L. 1. Cod. quae sit longa consuet. (8. 53.) And. Wein. Jordan, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 234 ff.

31) L. 38. Dig. de legg. (1. 3.) — rerum *perpetuo* similiter judicatarum auctoritas. L. 3. Cod. de aedif. priv. (8. 10.) et L. 1. Cod quae sit longa consuet. (8. 53.) *frequenter* servare. Im Römischen Rechte wird von den Präjudicien immer

Pedanterie ist es aber, eine feste Zahl von Wiederholungen als allgemeine Regel aufzustellen [32].

2) Der Gerichtsgebrauch und die Präjudicien können von Ober- wie von Untergerichten ausgehen, und bei denselben ihre Wirkungen äußern; denn die Proceßleitung und die Entscheidung, so wie Alles, was damit zusammenhängt, gehört gleichmäßig in den Beruf aller Gerichte [33]. Die bevorzugte Stellung der Obergerichte im Justiz-Organismus bringt es aber mit sich, daß den Präjudicien [34] der-

in der vielfachen Zahl („res *judicatae*") geredet. S. oben Note 8. — Cic. de orat. I. 42: Sit ergo in jure civili finis hic, legitimae atque *usitatae* in rebus causisque civium aequabilitatis (aequalitatis) conservatio. — Zwar sagt die L. 34. Dig. de legg. (1. 3.) — „illud explorandum arbitror, an etiam *contradicto aliquando judicio* consuetudo firmata sit", und es hat einigen Schein, als ob dadurch die rechtserzeugende Kraft auch nur einer einzigen Entscheidung anerkannt sey; allein diese Stelle handelt nicht von der Erzeugung eines neuen Gewohnheitsrechtes, sondern von einer bereits im Volke ausgebildeten Gewohnheit, die durch ein Urtheil hintenher bekräftigt ist. (Note 14.) Auch eine andere Stelle kann den positiven Quellen nicht im Wege stehen, nämlich die für den Redner gegebene Definition von *judicatum* bei Cic. de invent. II. 22: Judicatum (est,) de quo jam ante *sententia alicujus aut aliquorum* constitutum est.

32) Henr. de Cocceji exercitat. curios. Vol. II. disput. 35. sect. 6. §. 3. Sam. de Cocceji jus civ. controv. I. 3. quaest. 10. Struben, rechtl. Bedenk. Th. I, Bed. 130. 168. Thibaut, System des Pand. Rechts Bd. I. §. 18. Gesterding, Ausbeute v. Nachforsch. Th. I. Abth. II. S. 105. v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 171.

33) L. 2. Dig. de jurisdict. (2. 1.) Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.

34) Proceßleitung kommt heutiges Tags bei den Obergerichten seltener vor, da ihr hauptsächlicher Wirkungskreis darin besteht, in höherer Instanz zu entscheiden. Vgl. die Ord. d. K. Ober-Appell.Gerichts zu Celle (v. 1713). Herausgeg. v. Th. Hage-

selben ein höheres Ansehen und eine verstärkte Wirkung beigelegt wird. Dies ist eine Folge der Unterordnung der niederen Gerichte, gegen welche die Obergerichte dadurch in Vortheil gesetzt sind, daß diese im Instanzenzug die Entscheidungen jener aufheben, und ihren eigenen Aussprüchen in höherer und höchster Instanz Geltung verschaffen können [35]. Auch sind die Gerichtsbezirke der Obergerichte größer, und umfassen mehrere Unter-Instanzen, die obergerichtlichen Urtheile müssen daher weiter und vervielfältigt wirken. Aus diesen und ähnlichen Gründen ist zum Vortheile der obergerichtlichen Präjudicien eine gewisse Ausnahme von allgemeinen Regeln aufgekommen. Obgleich nämlich nur gemeine Uebungen Quellen des gemeinen Processes seyn können, so erlangten doch die Gebräuche und Entscheidungen einzelner hochgestellter Gerichte eine gleiche Bedeutung. Bei den Römern waren die Uebungen der Gerichte in Rom und später in Constantinopel zu subsidiarischen Normen für das ganze Reich erhoben [36]. Die alten Deutschen Weisthümer galten besonders dann als Normen für künftige Fälle, wenn sie von höheren Gerichten oder von Fürstengerichten ausgegangen waren [37]. In den Deutschen Reichsgesetzen wurde besonderes Gewicht auf den Gerichtsgebrauch der **Rota Romana** gelegt [38], und nach den Verfahrungs- und Entscheidungs-

---

mann (Hannov. 1819) S. 70 ff. Provis. Ord. des Ob.Appell. Gerichts zu Jena (v. 1816). Herausgeg. v. A. Martin (Jena, 1830) S. 17 ff. Provis. Ger. Ord. des Ob.Appell.Gerichts der vier freien Städte Deutschlands (v. 1820) §. 14 ff.

35) Jordan, im Archiv für d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 212 ff. v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 96.

36) L. 32. pr. de legg. (1. 3) C. Deo auctore. Cod. de vet jure enucl. (1. 17.) §. 7. Inst. de satisdat. (4. 11.) — Cf. L. 12. Dig. de off. praes. (1. 18.)

37) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (Ausg. IV.) Th. II. §. 258.

38) R. G. O. von 1508. Tit. I. §§. 4. 7. 9. 19. Tit. III. §. 10.

weisen des Reichs-Kammergerichts fügten sich nicht nur die Territorial-Gerichte freiwillig, sondern die „Norma“ des kammergerichtlichen Processes wurde auch sogar gesetzlich zur allgemeinen Beobachtung vorgeschrieben [39]). Auch den reichsständischen höchsten Gerichtshöfen verschaffte in dem Umkreise ihrer Territorien die ausgebildete Landeshoheit die nämliche Stellung, welche die höchsten Reichsgerichte im Umfange des ganzen Reiches einnahmen. Noch jetzt haben die Präjudicien der Obergerichte vor den untergerichtlichen Vieles voraus [40]).

Haus, Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs S. 18. Vgl. noch Cap. 19. X. de sent. et re jud. (2. 27)

39) J. R. A. §. 137. Es wird behauptet, nur die vom vollen Rath des Kammergerichtes ausdrücklich zu Normen erhobenen Präjudicien seyen als bindend betrachtet worden. Haus, a. a. O. S. 93 ff. Dies ist insoferne richtig, als man die Gültigkeit der Präjudicien aus der provisorischen Gesetzgebung des Kammergerichtes erklärt. Vgl. hierüber v. Linde, Lehrb. des Civilproc. §. 20. Dergleichen sanctionirte Präjudicien sind aber Gesetze (jus scriptum), kein Gewohnheitsrecht, dem eine solche Sanction fremd ist. Vgl. Gerstlacher, Corp. Jur. Germ. Bd. IV. S. 266. Auch finden wir, wenn wir die Geschichte befragen, daß wirklich die Urtheile der kammergerichtlichen Senate in den Territorien nachgeahmt, und so allmälig durch bloße Gewohnheit zu Normen wurden. Das Kammergericht selbst in seiner eigenen Praxis hielt übrigens sehr viel auf seine Präjudicien, ohne daß dabei die Vereinigung in der Plenar-Sitzung erfordert wurde. R. A. von 1566. §. 94. Im Dub cam. vom 19. Mai 1786 [Reuß, Beiträge zur neuesten Geschichte der Reichsgerichtl. Verfassung und Praxis (Ulm, 1785 — 1790) Bd. III. S. 206 ff.] suchte das Kammergericht einen Rechtssatz durch Präjudicien aus eilf Jahrgängen zu begründen. Reuß, a. a. O. S. 209. 210.

40) Es ist aber auch hierzu wieder zu bemerken, daß solche Präjudicien, wenn sie in Plenar-Sitzungen sanctionirt, und dann sogar noch den Untergerichten zur nothwendigen Darnachachtung förmlich publicirt werden, Gesetze sind, also außer dem Bereich der Gewohnheit liegen. Vgl. das K. Bayerische Gesetz v. 17. Nov. 1837. (Im Gesetzblatt f. d. Königreich Bayern v. 1837. — München. — Nr. 3.)

Dessen ungeachtet sind jedoch die Obergerichte keineswegs von den Präjudicien der ihnen unterworfenen Untergerichte unabhängig. Die Parteien können in dem nämlichen Rechtsstreite bei mehreren Instanzen nicht zugleich mehreren Rechten unterworfen seyn, so daß in erster Instanz ein Satz gelten würde, in einer höheren Instanz aber nicht. Vielmehr hat bei Appellationen das Obergericht lediglich zu entscheiden, ob der Unterrichter nach den Rechtsnormen, unter welchen derselbe steht, richtig oder unrichtig geurtheilt habe. Hat der Unterrichter diesen Normen gemäß geurtheilt, so muß der Oberrichter, wenn er sich davon überzeugt, das Urtheil bestätigen, und zwar selbst dann, wenn bei dem Gerichte unterer Instanz ein Präjudicien-Recht die Norm abgegeben hat, bei der höheren Instanz dagegen ein anderes Präjudicien-Recht hergebracht ist [41]. Hier stehen die Präjudicien der Untergerichte zu denen der Obergerichte in dem Verhältnisse des Local-Rechts zu dem Provincial-Recht, und jenes hat vor diesem eben so den Vorzug, wie das Particular-Recht dem gemeinen Recht vorgeht [42].

3) Sollen endlich die Präjudicien Wirkung haben, so müssen sie auch rechtskräftig geworden seyn. Denn vor dem Eintritt der Rechtskraft ist jede Entscheidung problematisch, und kann nicht einmal für die Parteien des speciellen Streites, um so weniger also im Allgemeinen eine Norm mit bindender Kraft abgeben. — Daß auch Nichtigkeit die Rechtserzeugung hindere, versteht sich von selbst. Deshalb müssen unter andern Urtheile gegen unzweifelhafte Rechtsvor-

41) K. G. O. von 1555. Th. I. Tit. 13. §. 1: „Die Beysitzer deß Cammergerichts sollen — auf redliche, erbare Gewonheiten der Fürstenthumben, Herrschafften vnd Gericht — Vrtheil fassen vnd außsprechen.“ Vgl. Conc. d. K. G. O. Th. I. Tit. 19. pr. J. R. A. §. 105.

42) Sehr gut erörtert von Wächter im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. XXIII. S. 439 ff.

schriften (contra jus in thesi) als völlig wirkungslos betrachtet werden [43]. — Im Uebrigen ist bei dem Gerichtsgebrauche, wie bei den Präjudicien der gewöhnliche Irrthum kein Hinderniß der Rechtserzeugung; denn die Gründe sind, wie oben gesagt wurde, bei der Gewohnheit unwesentlich, und auch wissenschaftliche Unrichtigkeiten können von dem Richter zu Normen erhoben werden [44], wenn sie nur das allgemeine Rechtsbewußtseyn (ratio juris, etc.) und höhere Staats-Interessen nicht verletzen [45].

---

43) L. 39. Dig. de legg. (1. 3.) Nicht viel besser sind Urtheile, in welchen restituirte oder unglossirte Stellen aus dem Corpus juris als geltendes Recht angewendet sind. Das Reichs-Kammergericht beging diesen Verstoß, als es in einem Mandate v. 23. Dec. 1650 in Sachen Waldeck c. Paderborn und consortes, die Grafschaft Piermont betr., sich auf die von Cujacius restituirte L. 4. Cod. de in jus voc. (2. 2.) berief. Vergl. v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 72. Note k. Von der Leipziger Juristen-Facultät werden Responsa angeführt, die sich auf unglossirte Novellen stützen sollen. Osenbrüggen, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. Bd. XV. S. 178. — Der R. A. v. 1713. §. 84. verbietet ausdrücklich die Gültigkeit von Präjudicien, welche den Reichssatzungen zuwider sind. — Die Entscheidungsgründe dienen häufig dazu, um solche Fehler zu entdecken.

44) Gesterding, Ausbeute v. Nachforsch. Th. V. Abth. II. S. 119 — 123. v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 95. 176—180. Der ganze, vom Gerichtsgebrauch angenommene, und Jahrhunderte hindurch angewendete Provocations-Proceß beruht auf irriger Auslegung von zwei Römischen Stellen. Mittermaier, d. gem. deutsche bürg. Proc. Beitr. IV. (Aufl. II. Bonn. 1840.) S. 251. — Erzeugen ja doch auch Gesetze Recht, wenn sie aus Irrthum hervorgegangen sind! Arg. can. 8. dist. 4. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemein. Civilrechts Bd. I. §. 5.

45) Cic. de re publ. III. 22. Consult. vet. JCti. §. 4. L. 1. Cod. Th. de longa consuet. (5. 12.) LL. 14. 15. 39. Dig. de legg. (1. 3.) Arg. L. 2. §. 1. Dig. de usufr. ear. rer. (7. 5.) L. 13. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) L. 6. Cod.

Durch das hier Gesagte ist auch zum Theil die Frage über die **Wirkung** des Gerichtsgebrauchs und der (rechtskräftigen) Präjudicien, **bereits bestehenden Rechtsnormen gegenüber**, beantwortet, nämlich **verneinend**, wenn eine in jeder Hinsicht klare Norm oder die ratio juris entgegensteht, so daß also die Einführung einer neuen Gewohnheit durch den Richter aus absichtlicher und völlig pflichtwidriger Opposition gegen die erkannte Wahrheit erscheinen müßte, **bejahend** aber, wenn Gesetze, die gerade nicht über jeden Zweifel erhaben sind, wirklich oder vielleicht auch nur scheinbar mißverstanden werden. Der ratio juris aber wird die *ratio publicae utilitatis* (die überwiegende Staatsrücksicht) gleichgestellt [46]. In der Wissenschaft ist bereits die Lehre ausgebildet, daß im Allgemeinen das Gewohnheitsrecht **entkräftend und aufhebend** wirke [47], ohne Unterschied, ob

---

de emancip. (8. 49.) LL. 1. 2. Cod. quae sit longa consuet. (8. 53.) Nov. 134. c. 1. Can. 5. dist. 1. Can. 3. dist. 2. Can. 4—9. dist. 8. Can. 11. dist. 9. Can. 4. dist. 11. Tot. dist. 12. Cap. 11. X. de consuet. (1. 4.) Cap. 1. de constit. in VI. (1. 2.) Cap. 28. de reg. jur. in VI. (5. 13.) **Eisenhart**, Grundsätze der Deutschen Rechte in Sprüchwörtern (Ausg. III. von **Otto**, Leipz. 1823). **Gesterding**, Ausbeute v. Nachforsch. Bd. V. Abth. II. S. 122. v. **Savigny**, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 146. 149. 154. 174.

46) L. 1. Cod. de adquir. et retin. poss. (7. 32.) v. **Savigny**, a. a. O. S. 424, vgl. mit **Dessen** Recht des Besitzes (Aufl. VI. **Gießen**, 1837) S. 363.

47) Schon unter den Glossatoren wurde über diese Wirkung des Gewohnheitsrechtes gestritten. Codicis Chisiani collectio §. 46. (Cf. G. **Haenel**, dissensiones Dominorum, sive controversiae veterum juris Romani interpretum, qui Glossatores vocantur. — Lips. 1834. — p. 151.) **Hugolini** distinct. 148. (**Haenel**, l. c. p. 585) Diese berühmte Controverse wurde bis auf unsere Tage fortgesetzt, und wird, mit Angabe der zahlreichen Literatur, in den Pandecten erörtert. Vgl. **Thibaut**, System d. Pand.Rechts Bd. I. §. 17. Besondere Aufmerksamkeit verdient immer die neueste, schon oft angezogene Lehre von v.

dabei das Gesetz lediglich außer Wirksamkeit gesetzt werde [*desuetudo*] [48]), oder ob auch noch eine neu erzeugte Regel an dessen Stelle trete [49]). Diese Wirkung ergibt sich theils als Thatsache aus der Geschichte [50]), theils ist sie in den Gesetzen selbst anerkannt [51]). Die **L. 2. Cod.** quae sit

---

Savigny im System des Röm. Rechts Bd. I. S. 151—158. 194—197. Beil. II. S. 420—429. Die nachher erschienene Abhandlung von Wächter im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. XXIII. S. 432 ff. enthält zwar vieles Treffliche, ist aber doch im Verhältniß zu den vielerlei Quellen und der reichen Literatur sehr unvollständig.

48) L. 32. §. 1. Dig. de legg. (1. 3.) §. 5. Prooem. Inst. G. H. v. Berg, jurist. Beobacht. und Rechtsfälle (Gött. 1802 u. 1804) Th. II. Nr. 8. Von den durch desuetudo aufgehobenen Gesetzen sagt man auch, sie seyen veraltet oder antiquirt, obgleich sonst *antiquare* einen ganz andern Sinn hat. Fest. h. v. Cic. de legg. III. 17. ad Attic. I. 13. de off. II. 21. Ernesti clav. Cic. in indice latinit. h. v. L. 5. Cod. de aedif. priv. (8. 10.) Du Cange, Glossar. med. et infim. latinit. (Paris. 1840) h. v.

49) *Abrogare, derogare*, etc. Vergl. Fest. h. vv. Cic. de re publ. III. 22. Quinctil. VII. 7. Ulpian. fragm. I. 3. L. 102. Dig. de verb. signific. (50. 16.)

50) So ist z. B. der Theil des prätorischen Edictes, worin das jus civile, und besonders das Gesetz der zwölf Tafeln corrigirt wird, abändernde Gewohnheitsrecht. Cic. de invent. II. 22: Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem — sunt — eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consueverunt. Selbst die den Gesetzen einverleibte Clausel der ewigen Dauer und Unveränderlichkeit (vgl. z. B. Auth. Habita. Cod. ne fil. pro patre. 4. 13. und Aur. Bull. XIV. 2.) kann sie vor der aufhebenden Gewohnheit nicht retten.

51) L. 32. §. 1. Dig. de legg. (1. 3.) C. Haec quae necessario. §. 2. Cod. de vet. jure enucl. (1. 17.) L. 1. pr. Cod. de caduc. toll. (6. 51.) L. un. Cod. de dedit. libert. toll. (7. 5.) §. 11. Inst. de jure nat. gent. et civ. (1. 2.) §. 7. Inst. de injur. (4. 4.) Ein Verbot dieser Wirkung enthält die allgem. Oesterreich. Ger. Ord. v. 1781. §. 437.

longa consuet. [8. 53.][52]) hält man nicht für hiermit unverträglich, da in derselben nur von einem particularen Gewohnheitsrechte, im Verhältniß zu einem absoluten Landesgesetz (*lex*), und der *ratio juris et utilitatis* die Rede seyn soll[53]).

52) „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: *verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*" Die Stelle ist theils wörtlich, theils in einzelnen Aeußerungen dem Corpus jur. canon einverleibt. Can. 4. dist. 11. Cap. 11. X. de consuetud. (1. 4.) Cap 1. de constit. in VI. (1. 2.) Allein im Lombardischen Lehenrecht ist sie völlig umgekehrt. 2. Feud. 1: Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant et mores.

53) Vgl. L. 1. pr. Dig. de usur. et fruct. (22. 1.) v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. Beil. II. S. 420 ff. Derselbe hält übrigens die Streitfrage über den Sinn der L. 2. cit. für ganz unbedeutend in Beziehung auf das praktische Recht, weil sie angeblich dem Römischen Staatsrechte angehört, und dieses bei uns nie recipirt wurde. S. System Bd. I. S. 165. 166. Wächter, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XXIII. S. 436. hat indessen die Unrichtigkeit dieser Meinung nachgewiesen. Bei der Reception des Römischen Rechts wurde zwischen Staats- und Privatrecht kein genauer durchgreifender Unterschied gemacht. — An das Römische Recht schließt sich auch das canonische an. Alle Bestimmungen, welche der veränderlichen Gesetzgebung in der Kirche angehören, unterliegen der Macht der *consuetudo „rationabilis"*. Erhaben über menschliche Gewohnheiten sind dagegen geheiligte Grundregeln, das göttliche Wort, die inspirirte Tradition, Dogmen und disciplinarische Vorschriften von gleicher Bedeutung. Vergl. nebst den Stellen in Note 52. Dict Gratian. ad Can. 3. dist. 4. — Can. 4. dist. 8. Tot. dist. 11 12. Can. 5. caus. 16. qu. 3. Can. 12. 13. caus. 25. qu. 2. Capp. 3. 4. 5. X. de consuet. (1. 4.) Cap. 2. X. de probat. (2. 19.) Cap. 8. X. de sent. et re jud. (2. 27.) Cap 2. de consuet. in VI. (1. 4.) Cap. un. Extravag. comm. de consuet. (1. 1.) Tertullian. († a. 220) de corona milit. cap. 3. sqq. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts (Gött. 1831. 1833.) Bd II. S. 37 ff. v. Savigny. a. a. O. S. 427 f.

Das Wesen des Civilrechtes ist mit einer solchen Lehre wohl verträglich. Denn die civilrechtlichen Vorschriften haben meistens, wie schon gesagt wurde, nur eine subsidiarische Gültigkeit, so daß die Bürger in ihrem Rechtsverkehr entgegenstehende Normen in Aufnahme bringen können. Auch bedarf hier die Volkssitte, als erzeugende Kraft, zur Beseitigung eines Gesetzes nicht erst der, nur auf dem Prozeßgebiete einheimischen, Rechtskraft, und hat selten eine Nichtigkeit zu besorgen. Allein an die absoluten Gesetze des Civilprocesses sind die Gerichte gebunden. Es bringt sich daher im Processe der Schluß von selbst auf, daß die Gerichte, weder durch Gerichtsgebrauch, noch durch Präjudicien, die Gesetze umgehen, oder andere Normen substituiren können. Bei den Präjudicien wird diese Ansicht von den Quellen unterstützt [54]).

Diesemnach scheint die Wirkung des Gerichtsgebrauches und der Präjudicien die Gesetze des Civilprocesses nicht überwinden zu können. Die Geschichte dagegen, welche so oft ihren eigenen Weg geht, unbekümmert um die Consequenzen der Gesetze, wie um die Lehrsätze der Schule, widerlegt diese

---

54) Besonders von der berühmten L. 13. Cod. de sent. et interloc. (7. 45.) Nemo judex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum, vel aliorum procerum, (non enim si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, *cum non exemplis, sed legibus judicandum sit,*) neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae; *sed omnes judices nostros veritatem et legum et justitiae sequi vestigia sancimus.* Cf. Nov. 82. cap. 10. — neque videri *clementiorem lege.* Can. 3. dist. 4. Cap. 1. X. de constit. (1. 2.) K. G. O. v. 1555. Th. I. Tit. 13. §. 1. Vgl. Haus, üb. d. rechtl. Werth d. Gerichtsgebrauchs S. 26. Jordan, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 247 ff. Gesterding, Ausbeute v. Nachforsch. Th. V. Abth. II. S. 178 ff.

strenge Theorie. Sie zeugt, auch auf dem Gebiete des Processes, von gewohnheitlicher Nichtbeobachtung gesetzlicher Bestimmungen[55]), und damit stand die Einführung neuer Normen in nächster Verbindung. Denn waren einmal Proceßgesetze durch einfache desuetudo veraltet, so hatten sie in rechtlicher Beziehung gar keine Existenz mehr, und entgegengesetzte Gewohnheiten konnten nicht mehr als gesetzwidrig angenommen werden; sie hatten also die Verbote der Quellen nicht mehr gegen sich. Was hätte nun noch den Erzeugnissen des Gerichtsgebrauchs und der Präjudicien in den Weg treten können?

Da nun diese Kräfte selbst die Proceßgesetze überwältigen, so gilt allerdings der Grundsatz, daß Gerichtsgebrauch und Präjudicien mit nicht geringerer Macht, als die Gesetze, wirken[56]). Die Wirkung erfolgt aber auch in den nämlichen Weisen und Abstufungen, wie bei den Gesetzen. Sie wirken demnach auch noch interpretirend, wenn der Ausdruck des Gesetzes unbestimmt und zweideutig ist[57]), vermittelnd, indem sie die Kluft zwischen strengem

---

55) L. 1. §. 1. Dig. de interrog. (11. 1.) Allmälig ging man ab von der Form des Judeneides nach der R. G. O. v. 1538. Tit. 23. v. 1555. Th. I. Tit. 86. vgl. mit d. Conc. d. R. G. O. Th. I. Tit. 98, von der gesetzlichen Strenge des Contumacial-Verfahrens, vgl. Schmelzer, der Contum. Proc. S. 62. 335. 2c. 2c. vom Rufen, Schmelzer, a. a. O. S. 87. u. s. w. — Die reichsgerichtliche Justiz ist an solchen Ereignissen sehr reich; besonders in der Gesetzgebung für den Reichshofrath schied die desuetudo Vieles aus, Schmauß, Corp. jur. publ. S. 899. Note a. Danz, Grundsätze des Reichsger. Proc. §. 86.

56) Cic. de legg. II. 10. LL. 33. 35. Dig. de legg. (1. 3.) L. 14. Dig. de condit. inst. (28. 7.) L. 3. Cod. quae sit long. consuet. (8 53.) §. 9. Inst. de jure nat. gent. et civ. (1. 2.) Can. 6. dist. 12. Eisenhart, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwört. S. 9. 10. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. Bd. V. Abth. II. S. 128 ff.

57) LL. 37. 38. Dig. de legg. (1. 3.) Bonaguidae summa,

Recht und Billigkeit ebnen[58]), oder ältere unpractische Gesetze den neueren Zuständen anpassen[59]), ergänzend, wenn

P. IV. tit. 1. (In Wunderlich anecdot. Gött 1841. p. 307.) Advocatus format ex consuetudine, quae est optima *interpretatrix* legum, tales positiones. Nicht entgegen stehen LL. 1. 9. 12. §. 1. Cod. de legg. (1. 14.) Gesterding, a. a. O. S. 136 ff. — Die Interpretation durch Gerichtsgebrauch und Präjudicien ist unter dem Namen „Usual-Interpretation" bekannt.

58) Dies war besonders die Rolle des Römischen Prätors in seinem Edicte, welches, seit der Lex Cornelia, einen (im Voraus angekündigten) Gerichtsgebrauch enthielt. Cic. de finib. II. 22. Ascon. in argum. Cornel. (Cic. opp. edit. Orellii. Vol. V. P. II. p. 58.) Gaj. I. 6. L. 2. §. 10. Dig. de orig. jur. (1. 2.) Walter, Geschichte des Röm. Rechts (Bonn, 1840) S. 432 ff. Auch diese Wirkung ist durch die LL. 1. 9. 12. §. 1. Cod. de legg. (1. 14.) nicht aufgehoben.

59) Mittermaier, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XII. S. 149 — 152. Eine Vermittelung in der erwähnten Weise enthält der sogenannte *usus modernus*. Von der Usual-Interpretation (Note 57) unterscheidet sich derselbe dadurch, daß er, mittels einer Art von Fiction, eine dem Gesetze ganz fremde Anwendung begründet, während jene, wie jede Interpretation, an den Wortlaut und die Bedeutung des Gesetzes gewiesen ist. Ein Beispiel eines durch Präjudicien eingeführten usus moderuus liefert das deutsche Criminalrecht. Die in der P. G. O. Art. 160. für den Diebstahl angegebene Summe von fünf Gulden wurde zu fünf Ducaten angenommen. Martin, Lehrb. des Criminal-Rechts (Ausg. II. Heidelb. 1829) §. 148. Eine gleiche Fiction ist im Civilrecht bei den Römischen Ausdrücken *„aureus"* und *„solidus"* hergebracht. v. Cramer, Wetzlar. Beiträge (Wetzlar, 1763) Bd. I. Th. I. Nr. XXXIII S. 146—159. Schweppe, das Röm. Privatrecht Bd. I. §. 190. a. am E. Aus dem Civilprocesse kann die Anwendung des Tit. Cod. quando imper. (3. 14.) zur Erläuterung dienen. Bei den Römern mußten die mitleidswürdigen Personen, mit Umgehung aller Instanzen, vor dem consistorium principis belangt werden. Obgleich mit dem Aufhören der Römischen Gerichtsverfassung die Bedeutung dieser Verordnung erlosch, so sind doch jetzt nach dem usus moderuus

es für irgend einen Fall an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt[60]), und selbständig producirend, im engsten Sinne [consuetudo *constitutiva*][61]), durch Erzeugung und Ausbildung ganz neuer Rechts-Institute[62]).

In den neuesten Zeiten hat der Einfluß des Gewohnheitsrechtes großen Abbruch erlitten; man muß sogar mit Bedauern einbekennen, daß mit dem Untergange der beiden höch-

---

jene Personen befugt, bei der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung das ihnen bequemste Gericht, also statt eines Untergerichtes ein Obergericht, und umgekehrt, anzugehen. v. Linde, Lehrb. d. Civilproc. §. 99. Diese Anwendungsweisen der Gesetze sind offenbar keine Interpretationen, sondern wahre Fictionen, da sie über die Gesetze hinausreichen, und um den Sinn derselben sich wenig bekümmern. Die Theorie hat bisher den Unterschied zwischen interpretatio usualis und usus modernus nicht gehörig hervorgehoben, obgleich er geschichtlich ist, und der doppelte Ausdruck darauf hinweist.

60) LL. 32. 33. Dig. de legg. (1. 3.) Can. 5. pr. dist. 1. Can. 7. dist. 11. Auch in dem altfriesischen Landrecht heißt es: Als di Setma breckt, ende daer en ny sek uphliaept, der naet van seriouu is, so motma dyu Pliga to riucht halda, d. h. Wenn das Gesetz fehlt, und da eine neue Sache eintritt, wovon nichts geschrieben ist, so muß man die Gewohnheit für Recht halten. Vgl. Asega-Buch, ein altfriesisches Gesetzbuch der Rüstringer. Herausgeg. übersetzt und erläutert von T. D. Wiarda. (Berlin u. Stettin, 1805), Vorrede §. 36.

61) Thibaut, System d. Pand. Rechts Bd. I. §. 17.

62) v. Savigny, System des Röm. Rechts Bd. I. S. 151. Beispiele: die Adcitation, vgl. Mittermaier, im Archiv f. die civilist. Prax. Bd. III. S. 40. — der Gegenbeweis, Derselbe a. a. O. Bd. IV. S. 312 ff. — die kammergerichtliche Präoccupation, Danz, Grundsätze des Reichsgerichtl. Proc. §. 186. — der kammergerichtliche Bescheidtisch, Reuß, Beiträge zur neuesten Geschichte der Reichsger. Verfass. und Prax. Bd. II. S. 305 - 308. — Das bedeutendste Product ist der Concurs-Proceß. Puchta, Beiträge zur Gesetzgeb. und Praxis (Erlang. 1822. 1827) Bd. II. §. 10. — Gewöhnlich wurden solche gewohnheitliche Institute später von Gesetzen umgeben, und weiter ausgebildet.

sten Reichsgerichte die lebendige Fortbildung des gemeinen deutschen Processes durch Gerichtsgebrauch und Präjudicien größtentheils abgestorben sey. Seit dieser Zeit besitzt Deutschland keinen Gerichtshof mehr, der, vermöge seiner erhabenen Stellung, mit einer gleichen Macht und Einheit in den Justizgang aller deutschen Länder eingreifen, und denselben gleichmäßig reguliren könnte. Die Entstehung mehrerer unabhängiger Staaten, welche keine reichsgerichtliche Justiz mehr über sich hatten, brachte es mit sich, daß die Rechtspflege der einzelnen Länder von jetzt an, außer allem Zusammenhang mit einem gemeinsamen Streben, ihren eigenen Weg ging. Der neuere Gerichtsgebrauch sammt dem Präjudicien=Recht zog sich also auf die Particular=Rechte zurück, und wirkte in der Regel nicht über die Landesgränzen hinaus. Das Aufkommen einer gemeinen Gerichtsgewohnheit ist jetzt ein äußerst seltener und sehr erschwerter Ausnahmsfall. Dieses Stocken der neuen Rechtserzeugung ist aber noch nicht der ganze Verlust, sondern auch bereits Vorhandenes ging nach und nach verloren. Die zur Zeit der deutschen Reichsverfassung allgemein recipirt gewesenen Gerichtsgebräuche und Präjudicien des Kammergerichts wurden vergessen und erlagen der particularrechtlichen Entwöhnung. Geschäftig trat auch der absichtliche, systematische Zerstörungseifer hinzu. Aus den Französischen Theorieen des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts, und aus dem täglich sich erneuernden Schauspiele der Zertrümmerung unserer ehrwürdigen Geschichte in Kirche, Staat und Recht eignete sich der Zeitgeist, neben einer vornehmen Ueberschätzung der modernen Cultur, eine tiefe Verachtung alles Alterthümlichen und längst Hergebrachten an, und brach hinter sich mit Schadenfreude die Brücken ab, die in das Cameral=Recht zurückführten. Von dem historischen Sinn, der wieder in der Forschung erwacht ist, und von dem Trieb nach deutscher Einheit auch in Wiederherstellung der gemeinsamen Rechtsquellen ist unter günstigen Verhältnissen die Rückkehr zu den Verbindungen mit der Vor=

zeit und zur Achtung vor deren Errungenschaft zu erwarten; die Wissenschaft aber hat den Beruf, unbeschadet des rüstigen Fortschreitens, dieß der Praxis zum Bewußtseyn zu bringen, und die so sehr vertrockneten Quellen „alten Brauchs und Styli des Kammergerichts“ [63]) mit umsichtiger kritischer Würdigung wieder fließend zu machen.

IV.

Noch einige Worte über die kirchliche Baulast.

Von

Herrn Dr. **Jos. Helfert**, k. k. Prof. der Rechte zu Prag, f. e. Consistorial-Rath ꝛc.

Im Archiv für die civ. Prax. 26. Bd. 1. Hft. Nr. **II.** liefert der Hr. Prof. d. R. zu Tübingen (jetzt zu Würzburg), **Dr. J. J. Lang**, unter der Ueberschrift: „Beiträge zu der Lehre von der Kirchenbaulast“ einen Aufsatz, in welchem er S. 24—28 die von mir in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft vom Prof. Richter 1. Jahrg. 2. Bd. S. 700 entwickelte Ansicht nicht blos angreift, sondern für vollständig

63) „Brauch“ und „Stylus“ bedeutet in den Reichsgesetzen nicht blos die Schreibart und ähnliche Formalien, sondern den ganzen Gerichtsgebrauch und die hergebrachte Weise sowohl „in decernendis processibus“, als „decisionibus causarum“. Daher theilten die Cameral-Schriftsteller die Normen in solche die „legis“, und in andere, die „styli“ waren. Gerstlacher, Corp. jur. Germ. Bd. IV. S. 257 ff. Vgl. noch R. A. v. 1570 §§. 75. 76. 78. 79. 80, v. 1594. §. 67. Conc. d. K. G. O. Th. I. Tit. 14. §§. 7 — 9. Tit. 22. §. 4. Th. II. Tit. 10 §. 14. Tit. 25. §. 11.